

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO

Mestre em Direito de Empresa pela Universidade de Itaúna
Advogado

RESUMO: Este pequeno artigo trata dos crimes de perigo abstrato, partindo das características da sociedade pós-industrial, denominada sociedade do risco, em que novas tecnologias trazem novos riscos até então inexistentes. Tratando superficialmente das teorias causais às da imputação objetiva, informa os conceitos dos delitos de perigo abstrato e as diferenças entre os crimes de lesão, de perigo e de periculosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco; bem jurídico relevante; crime de perigo abstrato.

ABSTRACT: The present article deals with abstract danger crimes. At first, one analyses the characteristics of post-industrial society, called risk society, in which new technologies bring so far non-existent new risks. By approaching superficially the causal theory and the theory of objective imputation, one informs the concepts of abstract delict danger and the differences between injury, danger and risk crimes.

KEY WORDS: Risk society; relevant juridical property; abstract danger crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sociedade de risco, bem jurídico e teoria da imputação objetiva. 2.1. Sociedade de risco. 2.2. Alargamento do conceito de bem jurídico. 2.3. Bens jurídicos individuais e coletivos. 2.4. Seleção de bens penalmente relevantes. 2.5. Ponte entre a teoria causal e a da imputação objetiva do resultado. 2.5.1. Teorias causais – resultado. 2.5.2. Teorias da imputação objetiva. 2.5.2.1. A Teoria da imputação objetiva de Claus Roxin. 2.5.2.1.1. Criação de um risco não permitido. 2.5.2.1.2. Realização do risco não permitido no resultado concreto. 2.5.2.1.3. Realização do resultado dentro do alcance do tipo. 2.5.2.2. A imputação objetiva como teoria do tipo objetivo de Jakobs. 3. Crimes de perigo abstrato. 3.1. Crimes de lesão e crimes de perigo. 3.2. Crimes de perigo e crimes de periculosidade. 3.3. Crimes de perigo abstrato-concreto. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é discutir a sistemática da aplicação dos Crimes de Perigo Abstrato no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema crimes de perigo abstrato ganha relevância a partir da sociedade pós-industrial, denominada sociedade do risco.

Nessa sociedade do risco, novas tecnologias importam em criação de novos riscos e na necessidade de tutela de novos bens jurídicos, notadamente coletivos, cuja proteção não poderia ser realizada por meio de clássicas figuras dos crimes de lesão, nem sob o prisma das teorias causais.

Sem a pretensão de esgotar o tema aqui abordado, o trabalho ora apresentado fornece noções da sociedade do risco e de bens jurídicos penalmente relevantes para, passando direto das teorias causais às teorias de imputação objetiva de Roxin e Jakobs, tão-somente conceituar os delitos de perigo abstrato e apresentar as diferenças entre os crimes de lesão, de perigo e de periculosidade.

2. Sociedade de risco, bem jurídico e teoria da imputação objetiva

2.1. Sociedade de risco

A evolução do mundo, da vida traz riscos, conhecidos ou não. O uso de novas tecnologias e os processos de globalização e entrelaçamento entre povos parecem irreversíveis.

Boaventura de Souza Santos (2002, p. 11) discorre acerca de um:

[...] processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado.

Não obstante os inegáveis ganhos proporcionados pela revolução tecnológica de que participamos – como os que experimentamos através da popularização de meios de comunicação sem fio, tais como da internet e dos telefones celulares, ou pelo incremento da produtividade da agroindústria –, nem tudo são flores.

Por conta dos avanços da modernidade, a sociedade se sujeita a riscos – ou no mínimo à ameaça deles – que inexistiam no passado. Apesar de essas mencionadas tecnologias proporcionarem benefícios incontroversos, também trazem novas ameaças, conhecidas ou desconhecidas.

Não há dúvidas quanto aos riscos, outrora inexistentes, do mau uso da energia nuclear, quer sejam da sua utilização para fins beligerantes, quer sejam frutos da simples desídia no trato dessa fonte energética.

Segundo lição de Herzog (1993), no estágio em que vivemos, há, efetivamente, muitos lugares nos quais é possível sentir-se angustiado diante do iminente perigo de nossa moderna civilização: nos arredores de uma central nuclear, de uma zona de armazenamento de resíduos tóxicos, de uma central purificadora, de uma estação de manobras, de um campo de exercícios militares, de uma fábrica química, entre outros. (HERZOG, 1993, p. 317, tradução nossa).¹

Mas o que podemos concluir a respeito da existência ou não de possibilidade de dano advindo da ingestão de alimentos geneticamente modificados ou da freqüente exposição a ondas de telecomunicação de telefones móveis celulares? Ainda não sabemos.

Isso porque, apesar de a ciência ter evoluído (do ponto de vista da tecnologia) para criação dessas benesses, a mesma ciência não consegue, ainda, precisar os efeitos da submissão do indivíduo – tomado de forma isolada ou coletiva – a tais tecnologias.

Esse é o dilema da sociedade de risco, caracterizada pela desproporcional distribuição de benefícios e riscos entre seus partícipes.

Ulrich Beck (1992), um dos grandes expoentes do argumento da sociedade do risco, informa em sua obra denominada homônima que, nesse novo estágio, posterior à sociedade industrializada, há uma espécie de democratização perversa do risco, que não mais se limita àqueles indivíduos que experimentam ou não as benesses criadas pelas tecnologias da modernidade.

Os riscos são repartidos por todos os partícipes da comunidade nessa sociedade, independentemente de cada um receber o benefício que individualmente nem todos experimentam.

Nesse novo estágio, mesmo que determinada parcela da sociedade não receba as benesses advindas da construção de uma usina nuclear, por exemplo, esta coletividade, mesmo que distante geograficamente do empreendimento criado com suporte nos avanços tecnológicos e pautado por mecanismos de segurança, poderá sofrer os riscos causados por um hipotético vazamento no reator da usina.

Nesse exemplo, independentemente de receber ou não os benefícios criados por essa tecnologia, esta parcela da sociedade compartilha os riscos decorrentes da empreitada.

Isto posto, na sociedade de risco, na lição de Coria (1998), a dinâmica da tecnosfera origina inumeráveis fontes de perigo para os bens individuais, de modo que a

¹ Hay, efectivamente, muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro de nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de una campo de ejercicios militares, de una fábrica química, entre otros.

realidade se estrutura cognitivamente como um constante conflito entre segurança e risco, como o que se observa no uso da energia nuclear. (CORIA, 1998, p. 2, tradução nossa).²

E é sob essa sociedade do risco que se estrutura a rede de proteção penal aos direitos coletivos, cuja tutela merece especial atenção em nosso mundo moderno, em que as ameaças de novas tecnologias deixam de tocar apenas o indivíduo isoladamente considerado, para sombrearem toda uma coletividade.

2.2. Alargamento do conceito de bem jurídico

Consequência inarredável dessa sociedade do risco é a criação de perigos até então inexistentes, que ameaçam bens que anteriormente não necessitavam de ser tutelados e protegidos. No campo do Direito Penal, presenciamos a ampliação do conceito de bem jurídico.

Na noção tridimensionalista de Miguel Reale (1984, p. 508), o Direito cuida-se de fato, valor e norma. E a ciência do Direito é uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a realização da convivência humana (SMANIO, 2004).

O Direito é, portanto, dinâmico e não estático, configurando um sistema aberto, e não fechado. Assim, a dificuldade da conceituação do bem jurídico deve ser vista não como uma impossibilidade, mas como decorrência da própria natureza do Direito (SMANIO, 2004).

Bens são os valores materiais ou imateriais, que servem de objeto a uma relação jurídica, na definição de Clóvis Beviláqua, citado por Barros Monteiro (1991).

O bem jurídico, neste dinamismo, tem conceito mutável, tendo em vista que o próprio Direito é dinâmico. E essa mutabilidade conceitual funciona como uma espécie de mecanismo de proteção social, pois limita a aplicação do Direito Penal à tutela daqueles bens eleitos como relevantes para o próprio Direito Penal.

No entanto, o surgimento de situações jurídicas e de ameaças que no passado inexistiam traz como consequência para o Direito como um todo, e em especial para o Direito Penal, o alargamento do conceito de bem jurídico para proteção contra essas inéditas ameaças.

2.3. Bens jurídicos individuais e coletivos

A identificação dos bens jurídicos que merecem tutela penal encontra obstáculos não só sob o prisma dos bens que se relacionam ao indivíduo como também principalmente no que tange aos bens analisados sob a ótica da coletividade.

² La dinámica de la tecnósfera origina innumerables fuentes de peligro para los bienes individuales, de modo que la realidad se estructura cognitivamente como un constante conflicto entre seguridad y riesgo, lo que se observa en el uso de la energía nuclear.

No Direito, o vocábulo bem possui significado amplo e abrange coisas corpóreas e incorpóreas, materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas. Entre os bens imateriais, podemos arrolar o direito à liberdade, que nem sequer admite estimação. (CALDEIRA, 2004).

Ao estudar o Direito brasileiro, vemos que o conceito de bem jurídico é amplíssimo, pois ao lado das coisas e de bens econômicos, outros existem que se incluem na ordem moral – inapreciáveis, portanto – tais como a vida, a liberdade, a honra e os que constituem objetos dos direitos puros da família.³

Ao lado, pois, dos bens valorados economicamente, formadores do patrimônio, outros gravitam na ordem jurídica, insuscetíveis de valoração econômica e que constituem irradiações de personalidade.⁴

E se a identificação desses bens penalmente relevantes encontra óbice se eles forem analisados sob o ponto de vista individual, mais árdua ainda é a tarefa de examiná-los sob o prisma da coletividade, pois tal construção praticamente impossibilitaria uma análise dogmática, numa perspectiva puramente causal, para fundamentar a aplicação de uma norma penal suficientemente hábil para inibir ameaças de danos à coletividade, em situações em que muitas das vezes não se podem precisar resultados, tal qual uma ameaça ecológica de derramamento de óleo em rio.⁵

Essa perspectiva de perversa democratização das ameaças⁶ é característica da sociedade do risco.

2.4. Seleção de bens penalmente relevantes

A missão primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos.⁷ A própria sociedade, no processo que Habermas (1989) chama de agir comunicativo, através de seus legisladores, tipifica os comportamentos que lesionam ou expõem a lesão esses bens. Dessa forma, a tipificação penal desempenha uma função de seleção de comportamentos penalmente relevantes.⁸

Conforme Mir Puig (2005), se o Direito Penal há de estar a serviço dos seres humanos, haverá de proteger interesses reais destes, que serão diretamente vinculados a sua individualidade – como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio etc. –, e serão mediados por instituições das quais dependem interesses individuais – como a administração da Justiça ou outras instituições estatais. Os *bens jurídico-penais* hão de ver-se como concreções desses interesses reais dos indivíduos, diretos ou indiretos, que merecem, por sua importância fundamental, a

³ Ver Caldeira (2004).

⁴ Ver Caldeira (2004).

⁵ Este tema será abordado em momento oportuno.

⁶ Ver Beck (1992).

⁷ Ver Prado (1996).

⁸ Ver Prado (2005, p. 338).

máxima proteção que supõe o Direito Penal. Assim entendidos, hão de constituir a referência básica para determinar a função do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito. (MIR PUIG, 2005, tradução nossa).⁹

Insta, no entanto, salientar que sabidamente essa seleção de bens penalmente relevantes, apesar de ter alicerce na Constituição, a esta não se limita. Vale dizer que, se o objeto da tutela penal é necessariamente valorado pela Constituição, nem todo bem constitucionalmente tutelado é bem jurídico no estrito senso penal.

Dessa feita, o bem jurídico não pode ser entendido apenas como valor acolhido ou não vedado pela Constituição.

A esse respeito labora o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, ou da *ultima ratio*, que exatamente informa que nem todo valor acolhido ou não vedado constitucionalmente deve ser objeto de intervenção penal.

Como o Direito Penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma violação de um interesse qualquer para legitimar a intervenção penal. Com base no princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só se prestará para a defesa contra ataques intoleráveis a esses bens jurídicos.

Como conclusão, resta afirmar que o bem jurídico objeto da tutela penal deve possuir relevância tamanha que justifique a imposição de sanção penal à sua violação.¹⁰ E essa seleção de bens penalmente relevantes, tal como limitação ao número de atividades desvaloradas no ordenamento criminal, funciona como freio à expansão do Direito Penal.

2.5. Ponte entre a teoria causal e a da imputação objetiva do resultado

2.5.1. Teorias causais – resultado

A tipificação de comportamentos socialmente abominados serviu como método de seleção dos bens jurídicos relevantes: a tutela age sobre o que é valorado. A delimitação de condutas típicas ou atípicas foi, historicamente, realizada por meio do exame da causalidade e da subsunção do fato à norma.

Hodiernamente, no entanto, dentro de uma perspectiva puramente causal, em que a ação é um movimento dirigido a um resultado, torna-se obstáculo intransponível a determinação de qual conduta é ou não típica.

⁹ Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad –como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio etc.–, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales – como la Administración de Justicia u otras instituciones estatales–. Los *bienes jurídico-penales* han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

¹⁰ Ver Greco (2004, p. 89-147).

Isso porque se, sob a perspectiva causal, a existência de um resultado é requisito indispensável para a constatação da ação típica, torna-se impossível a proteção, por exemplo, de direitos coletivos surgidos a partir da sociedade do risco.

2.5.2. Teorias da imputação objetiva

Afastando-se da concepção das teorias causais, em que a imputação de um fato é fruto da relação entre um acontecimento e uma vontade, surgem as teorias da imputação objetiva do resultado, capitaneadas principalmente pelo teórico alemão Claus Roxin.

O homem livre é pressuposto na imputação objetiva. Somente com a garantia da liberdade de agir é possível tipificar a conduta praticada pelo homem no exercício dessa liberdade, não só pela ação conhecida e pretendida por ele mas também por aquela simplesmente conhecida e passível de ser abarcada por sua vontade.¹¹

Nessa perspectiva, defendida por Larenz, o fato é a realização da vontade; e a imputação, o juízo que relaciona o fato com a vontade.¹²

A imputação é objetiva para Larenz porque o sentido teleológico-objetivo pode ser aferido de acordo com um critério geral do homem inteligente e prudente.

No mesmo caminho Honig entende que o ponto central não é a análise de relação de causalidade entre ação e resultado, mas sim da valoração entre eles.¹³

A finalidade objetiva é o ponto de análise central, sendo imputáveis os resultados que possam ser finalmente vislumbrados.

Por não examinar o conhecimento e a vontade do autor, mas sim suas capacidades potenciais, estamos diante da hipótese de imputação objetiva.

Objetiva porque prescinde de análise subjetiva, de relação psíquica existente entre a conduta e o resultado – pretendido ou não.

2.5.2.1. A teoria da imputação objetiva de Claus Roxin

Na concepção de Roxin, é imputável aquele resultado que pode conceber-se como desejado finalmente pelo autor, tendo em vista que o Direito Penal tem por missão regular os comportamentos humanos dirigindo suas ordens e proibições à vontade dos sujeitos, pois só ela é motivável. (CERVINI, 2007, tradução nossa).^{14, 15}

¹¹ Ver Prado (2005, p. 339).

¹² Ver Larrauri (1998, p. 733).

¹³ Ver Larrauri (1998, p. 736).

¹⁴ En la concepción de Roxin, es imputable aquel resultado que puede concebirse como dispuesto finalmente por el autor, puesto que el derecho penal tiene por misión regular los comportamientos humanos dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad de los sujetos, ya que solo ésta es motivable.

¹⁵ Ver Cervini (2007).

Claus Roxin (2002, p. 11-31), em sua construção da teoria da imputação objetiva, entende que é imputável o resultado que poderia ser previsto e dirigido pela vontade, ao passo que atípico seria o resultado de qualquer conduta que não pudesse ser previsto ou dirigido pela vontade.

Esse teórico entende que o princípio geral da imputação objetiva caracteriza-se pela criação de um risco juridicamente desvalorado por meio da ação humana, cujo resultado seja típico.

Os critérios para imputação objetiva criados por Roxin (2002, p. 13) passam pela verificação das seguintes condições, quais sejam a criação de um risco não permitido para o objeto da ação, a realização desse risco no resultado concreto e a compreensão desse resultado dentro do alcance do tipo.

Para isso, exemplifica cada uma dessas premissas.

2.5.2.1.1. Criação de um risco não permitido

A criação do risco não permitido, segundo o doutrinador, não pode ser equiparada a uma diminuição do risco, que é atípico.

Nesse sentido Prado ilustra a questão com a hipótese de um sujeito A que vê uma pedra ser jogada em B, e não pode evitar o acidente, mas tão-somente laborar para a diminuição do impacto, o que faz.¹⁶

Roxin, por seu turno, traz o exemplo do sujeito que demove um ladrão da sua idéia inicial de furtar mil francos, convencendo-o a furtar tão-somente cem francos.¹⁷

Nesses casos, em que há apenas uma diminuição do risco, não há conduta típica.

Por outro lado, da mesma forma que inexistente tipicidade na diminuição do risco, inexistirá a tipicidade na criação de um risco permitido.

Roxin (2002, p. 12-15) desenha em sua obra a situação em que A, que pretende a morte de B e, sabendo que na Flórida há muitos homicídios e crimes violentos, aconselha este a viajar para o estado norte-americano, onde efetivamente vem a falecer vítima de assassinato.

Não obstante a vontade dirigida nesse caso, não há que se falar em imputação objetiva do resultado pois o risco criado é permitido; *in casu*, não se criou um perigo de morte juridicamente relevante e não se elevou de modo mensurável o risco à vida.

O aumento do risco permitido, para Roxin, é em geral atípico, tendo em vista que vigora nesta hipótese o princípio da confiança.

¹⁶ Ver Prado (2005, p. 341).

¹⁷ Ver Roxin (2002, p. 17).

O autor exemplifica esse aumento de risco impunível com a venda de punhal para uma pessoa com aparência suspeita. A despeito de admitir a existência de um certo risco, esse seria permitido. Para Roxin, aqui vigoraria o princípio da confiança, segundo o qual o vendedor confiaria que o comprador se comportaria de acordo com o Direito.

No entanto, o aumento de risco permitido pode ser típico quando importe em aumento juridicamente relevante da esfera de risco permitido; neste caso, possibilitaria a imputação objetiva do resultado.¹⁸

2.5.2.1.2. Realização do risco não permitido no resultado concreto

A segunda condição para aplicação da teoria da imputação objetiva de Roxin é a realização do risco proibido no resultado concreto.

Vale dizer a esse respeito que não basta a ocorrência do resultado, ele deve ser decorrente do risco não permitido.

Por exemplo, não responde por homicídio consumado aquele que fere terceiro que, ao ser levado por ambulância para o hospital, falece em decorrência de acidente automobilístico com o veículo hospitalar.¹⁹

Tendo em vista que a morte pretendida não foi alcançada por conta da ação do agente, e que o risco para o qual a vítima foi exposta não aumentou em razão da utilização da ambulância, não há que se falar em realização do resultado dentro da esfera do risco proibido criado.

2.5.2.1.3. Realização do resultado dentro do alcance do tipo

Segundo Roxin (2002), mesmo que exista a criação de um risco não permitido e desse risco advenha o resultado pretendido, a imputação objetiva do resultado poderia ser afastada.

Analisando por um segundo nível de imputação, estariam fora do alcance do tipo os resultados ocorridos, por exemplo, dentro do campo de autonomia da vítima, como no caso em que um toxicômano com tendência suicida ingere heroína em excesso para morrer por overdose.

Nesse caso, o traficante, ao vender a droga – mesmo que conhecendo a tendência de auto-extermínio do comprador –, não poderia responder por homicídio, pois a morte ocorreu dentro do campo de autonomia da própria vítima e, assim, fora do alcance do tipo.

¹⁸ Roxin (2002) relativiza o princípio da confiança diante de uma “reconhecível inclinação para o fato”, como no exemplo em que o mesmo vendedor do punhal entrega a arma a um dos contendores de uma rixa que está ocorrendo no momento da venda. Neste caso, na hipótese de o adversário deste comprador ser por ele assassinado com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por auxílio ao homicídio, dependendo do seu conhecimento da situação.

¹⁹ Exemplo empregado por Roxin (2002).

2.5.2.2. A imputação objetiva como teoria do tipo objetivo de Jakobs

Ao contrário de Claus Roxin, que propõe um método indutivo para imputação objetiva do resultado, Günther Jakobs (2000, p. 120) entende essa imputação objetiva como uma teoria do tipo objetivo. Para tanto, a imputação objetiva em Jakobs é definida com base em critérios objetivos.

O comportamento perigoso, ou reprovável, tem juízo *ex ante* para ser penalmente desvalorado. As normas, para Jakobs, laboram como padrões de comportamento que orientam os membros de uma coletividade, e o agente, ao ser analisado segundo a possibilidade de imputação objetiva, é definido normativamente, por meio do exame do papel social que desempenha. A imputação objetiva, para Jakobs, consiste na interpretação de um comportamento.

Câncio Meliá e Suárez González (2000, p. 50), em introdução à obra do teórico alemão Günther Jakobs, assim asseveram:

Certamente, é um indivíduo, uma pessoa dotada de subjetividade quem se expressa através do fato. Essa é razão pela qual com frequência não será possível obter o significado do comportamento sem conhecer a representação interna de quem atua. Por isso, o decisivo é definir o agente que atua em sociedade, pois essa definição também oferecerá as pautas necessárias para interpretar de modo geralmente válido tal comportamento, decidindo quais de seus conhecimentos individuais são relevantes.

A teoria de Jakobs encontra dois níveis: um de imputação de comportamento, outro de imputação do resultado.

O primeiro nível, de imputação objetiva de comportamentos, subdivide-se em quatro critérios básicos de imputação: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima; o segundo nível, de imputação de resultado.²⁰

3. Crimes de perigo abstrato

Entendemos por delitos de perigo abstrato aqueles em que a pretensão punitiva se eleva para rechaçar nada mais que meras desobediências a normas jurídicas.²¹ É por meio do juízo de reprovação *ex ante* que podemos entender o fundamento desses crimes.

Fruto do engrandecimento da proteção dada aos bens jurídico-penais coletivos,²² os delitos de perigo abstrato prescindem da verificação, na conduta punível, da probabilidade de dano que importe em perigo para a vida social.²³

²⁰ Que não são objeto deste trabalho, razão pela qual são somente mencionados. Para maiores informações sobre o tema, *vide* Jakobs (2000, p. 119 e ss.) e Cancio Meliá; Suárez Gonzáles (2000, p. 67 e ss.).

²¹ Ver Oliveira (2004, p. 95).

²² Ver Goenaga (2002, p. 2).

²³ Ver Oliveira (2004, p. 95).

A ampliação do conceito de bem jurídico e, por conseguinte, da tutela penal, no entender de Blanca Mendoza Buergo (2002, p. 2), conduz-nos a recorrer a técnicas que são consideradas teoricamente necessárias por sua maior efetividade ou adequação para proceder a tal tutela. (BUERGO, 2002, p. 2, tradução nossa).²⁴

Discorrendo sobre os delitos ambientais, Blanca Mendoza aduz que, para a tutela de seus respectivos bens, já o Código Penal Espanhol de 1995 lança mão dos Crimes de Perigo Abstrato, que paulatinamente substituem os de Perigo Concreto e os de Lesão para proteção penal.

Importa, no entanto, que estejamos atentos à diferença entre delitos de lesão e de perigo, e entre estes e os de periculosidade.

Como já asseverado, os crimes de perigo abstrato são aqueles cujo tipo se considera preenchido sem que o bem jurídico sequer seja exposto a um perigo concreto.²⁵ Independem de produção de resultado externo, sem guardar referência direta com efeitos exteriores.

Os crimes de perigo abstrato caracterizam-se pela prescrição normativa cuja completude de restringe à ação.

3.1. Crimes de lesão e crimes de perigo

No clássico crime de lesão (também denominado crime de dano), o resultado é parte integrante do tipo, e sem ele não se completa, tal qual no vetusto exemplo do homicídio, em que a morte da vítima constitui *conditio sine qua non* para a sua caracterização.

Nos crimes de perigo, por outro lado, podemos vislumbrar diferenciação entre os delitos de perigo concreto e os de perigo abstrato, ou mera periculosidade.

Segundo D'Avila, os crimes de pôr-em-perigo há muito têm sido caracterizados como uma situação de significativo desvalor jurídico, em razão de uma alta probabilidade de dano ao bem jurídico.²⁶

3.2. Crimes de perigo e crimes de periculosidade

Os delitos de perigo concreto diferem-se dos delitos de perigo abstrato, por óbvio. Para caracterização de um concreto pôr-em-perigo há que se verificar ameaça tamanha ao bem jurídico que se torne possível falar em uma situação de crise do bem jurídico.²⁷

Há que existir uma situação concreta de ameaça ou exposição de bem jurídico a dano.

²⁴ [...]conduce a recurrir a técnicas que se consideran teóricamente necesarias por su mayor efectividad o adecuación para proceder a tal tutela.

²⁵ Ver Greco (2004).

²⁶ Ver D'Avila (2007, p. 35).

²⁷ Ver D'Avila (2007, p. 35).

Nos delitos de perigo concreto é necessário reconhecer, de fato uma situação de perigo concreto, em que se verifique que o bem jurídico tenha, efetivamente, entrado no raio de ação da conduta perigosa.²⁸

O perigo de dano só pode ser entendido como concreto se decorrer de uma conduta que coloque em real probabilidade de perecimento o bem jurídico protegido pela norma incriminadora.²⁹

Os crimes de perigo abstrato, por seu turno, prescindem de referência a fenômenos externos.

Nestes crimes, a mera prática da conduta tipificada na norma exaure aspectos objetivos do tipo. Aqui, o núcleo do injusto encontra-se na mera conduta – e a ação é que é o desvalor. Ao contrário da exigência de reconhecimento de perigo concreto, a mera periculosidade já basta.

Importa, aqui, uma ofensa de cuidado-de-perigo.³⁰ Desta feita, a expressão perigo deveria ser empregada apenas para descrever ameaças concretas, específicas dos crimes de perigo concreto.

No entanto, é quase pacífico o emprego da cabível nomenclatura “crimes de perigo abstrato”. Seria, no entanto, mais bem empregada a denominação “delitos de periculosidade”, pois a utilizada carrega idéia de perigo, e não de periculosidade.

3.3. Crimes de perigo abstrato-concreto

Ainda podemos apontar diferenças entre os crimes de perigo abstrato puro e os crimes de perigo abstrato-concreto.

São delitos de perigo abstrato-concreto aqueles que nem se contentam com a mera realização formal da conduta, nem exigem ameaça concreta a bens jurídicos para caracterizar tipicidade.

Delitos de perigo abstrato-concreto descrevem conduta, mas exigem periculosidade geral. Atrêlam a conduta a um critério material de injusto, à criação de um risco não permitido, mesmo que não realizado concretamente.

São delitos que demonstram o surgimento de categorias de perigo intermediárias.³¹

4. Conclusão

A moderna sociedade de risco, globalizada, traz tecnologias e riscos desconhecidos. Como consequência, novos bens figuram como objeto da tutela penal. Novos bens jurídicos são protegidos.

²⁸ Ver D’Avila (2007, p. 36).

²⁹ Ver Oliveira (2004, p. 92).

³⁰ Ver Costa (2001).

³¹ Ver D’Avila (2007, p.37).

A expansão do Direito Penal vale-se dos crimes de perigo abstrato como instrumento para enfrentar novos riscos.

E são muitas as razões para essa expansão: dado o alto potencial lesivo das novas tecnologias, mais importa controlar riscos que reprimir efeitos. Nessas situações de risco altamente lesivo e desconhecido, o gestor do risco antecipa-se em relação à lesão, e a norma dos crimes de perigo abstrato funcionam como antecipação de tutela.

O tipo penal nos crimes de perigo abstrato dirige-se à conduta, e não ao resultado. Como a simples atividade passa a ser o núcleo do injusto, a tutela do bem jurídico resta potencializada.

Também labora em favor dos crimes de perigo abstrato a imprevisibilidade dos resultados. Aqui, a dificuldade de previsão de nexos causais decorrentes da conduta acarreta utilização dos crimes de perigo abstrato.

Os delitos de lesão já não são suficientes para a tutela dos bens jurídicos.

Num terceiro ponto, vale ressaltar a proteção aos bens jurídicos coletivos e o adiantamento de barreiras jurídicas que os protegem.

A aplicação dos crimes de perigo abstrato ajuda a tutela de bens coletivos, pois, prescindindo de prova de resultado concreto, facilita inibição de condutas.

Ainda apresentam os delitos de perigo abstrato vantagens em relação aos delitos culposos, pois enquanto aqueles não exigem resultado, os culposos não descrevem conduta abominada, mas somente resultado não admitido.

Nesse quadro, os delitos de perigo abstrato tornam-se núcleo do Direito Penal de risco.

No entanto, a problemática da tutela dos bens jurídicos através dos delitos de perigo abstrato só se resolve na verificação de cada caso concreto, numa análise *ex ante* e *ex post*.

Conforme ilustra Fábio Roberto D'Ávila (2007, p. 42) em seu exemplo da ultrapassagem proibida em uma curva, a verificação das situações de perigo criadas só pode ser vislumbrada em cada caso concreto.³²

Entretanto, inegavelmente, os delitos de perigo abstrato são as ferramentas que melhores respostas dão aos problemas nascidos com a sociedade do risco.

³² O exemplo diz respeito a um motorista que, infringindo a lei de trânsito, opta por realizar uma ultrapassagem proibida numa curva. Segundo o autor, no caso podemos verificar três situações: o condutor, ao realizar a ultrapassagem, choca-se com outro veículo que trafega no sentido contrário, provocando morte; o condutor, ao realizar a ultrapassagem e encontrar-se, na curva, com veículo que trafega no sentido contrário, consegue, por perícia em manobra defensiva do motorista, não abalroar; o condutor faz a curva e não encontra outro veículo. Segundo o doutrinador, nas três hipóteses são criadas situações de perigo que evoluem de forma diferente e criam diferentes formas de ofensividade: na primeira, de dano; na segunda, de concreto pôr-em-perigo; na terceira, de uma ofensa ao cuidado de perigo.

5. Referências bibliográficas

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

BUERGO, Blanca Mendoza. El delito ecológico y sus técnicas de tipificación. *MECD*, n. 13, mar. 2002, (Ref. PB 96/0068). Madrid, 2002.

CALDEIRA, Adriano. O princípio da proporcionalidade. *UNIFIG*: São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.fig.br/artigos/dir/n4/7-adriano.doc>>. Acesso em: 27 dez. 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLES, C. Estudio Preliminar (La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva). In: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CERVINI, Raul. *La responsabilidad objetiva a la luz de sus actuales proyecciones intradogmáticas*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 27 dez. 2007.

CORIA, Dino Carlos Caro. *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro*. 1998. Tese (Doutorado) – Universidad de Salamanca. Salamanca, Espanha.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, p.9-25, abr./jun. 2001.

D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 15, n. 67, p. 29-58, jul./ago. 2007.

GOENAGA, Javier Camilo Sessano. La Protección Penal del medio ambiente. In: GIMÉNEZ, Vicente (Coord.). *Justicia Ecológica y Protección al medio ambiente*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

GRECO, Luiz. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HERZOG, Felix. Los límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XI, 1993.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luiz Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LARRAURI, E. Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva. *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLI, n. III, 1998.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo Abstrato. *Revista de Estudos Criminais*: revista do Instituto Interdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Sapucaia do Sul, ano IV, n. 15, p. 95-99, 2004.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7-18, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e a Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5.ed. São Paulo: RT, 2005. v. I, p. 338.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 26 dez. 2007.

Artigo recebido em: 01/03/2010

Artigo aprovado em: 25/04/2010